



LA SUPERPOSICIÓN DEL FIDUCIARIO EN LATINOAMÉRICA

MARÍA CAMILA PLATA SÁNCHEZ

Artículo de reflexión

DOI: <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.05>

Universidad de los Andes

Facultad de Derecho

Rev. derecho priv. No. 57

enero - junio de 2017. e-ISSN 1909-7794

La superposición del fiduciario en Latinoamérica

Resumen

En este artículo se reflexionó sobre el estado del arte de la principal problemática que tiene la fiducia en garantía en América Latina y se analizó el rol que debe cumplir el fiduciario en este tipo de actividad contractual. En la primera parte se hizo un análisis de los conflictos jurídicos que pueden surgir alrededor de la fiducia en garantía y de los efectos que se presentan cuando el fiduciario respalda una obligación donde la matriz controlante es la beneficiaria del negocio jurídico. A su vez se vieron las limitaciones que tiene el fiduciario en sus actuaciones, específicamente cuando se suscribe el contrato de fiducia en garantía.

En la segunda parte se demostraron las posturas desarrolladas en cada uno de los países y los elementos característicos de la regulación adoptada. Se plantearon los argumentos utilizados por quienes apoyan la superposición de roles, por quienes la rechazan y por aquellos que adoptan una postura intermedia. La metodología utilizada fue la legislación comparada; esto implicó que se observara el tratamiento que le han dado los países latinoamericanos a la superposición de roles.

El interés particular de esta reflexión radicó en demostrar las distintas teorías que han surgido para defender o rechazar la superposición de roles del fiduciario, en estudiar las soluciones adoptadas en cada uno de los países del entorno latinoamericano y evidenciar la evolución jurídica de la figura.

Palabras clave: fiducia, fiducia en garantía, superposición de roles del fiduciario.

The superposition of the trustee in Latin America

Abstract

This article is a reflection of the main problems that has the warranty trust in Latin America. It will analyze the role that the trustee must have in such agreement. In the first part, I will analyze the legal disputes that may arise about the trust and the effects in the case in which the trustee supports a liability, when the controlling matrix is the transaction beneficiary. The limitations of the trustee in its performances will be verified, specifically in the warranty trust.

In the second part, I will show the positions developed in each of the countries and the characteristic features of the regulation adopted. I will pose the arguments used by supporters of overlapping roles, those who reject and those who adopt an intermediate position. The methodology used in this paper is comparative law, which implies a study of the regulations and the treatments to the overlapping roles.

The particular interest of this discussion is to demonstrate the different theories that have emerged to defend or reject the overlapping roles of the trustee. I will study the solutions adopted in each of these countries and the legal developments of the figure.

Keywords: trust, warranty trust and overlapping roles of the trustee.

La superposición del fiduciario en Latinoamérica*

MARÍA CAMILA PLATA SÁNCHEZ**

SUMARIO

Introducción – I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN – II. DESARROLLO NORMATIVO DE LA FIDUCIA EN GARANTÍA EN AMÉRICA LATINA – A. Países que prohíben la superposición de roles en el entorno latinoamericano – 1. Especificaciones de los países de la región latinoamericana que prohíben la superposición – B. Países que aprueban la superposición de roles en el entorno latinoamericano – 1. Especificaciones de los países de la región latinoamericana que aprueban la superposición – C. Países con postura intermedia frente a la superposición de roles – III. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA SUPERPOSICIÓN DE ROLES – A. Propuesta para Colombia – B. Especificidades de la superposición de roles – C. Excepciones en las que no cabría la superposición de roles – VI. CONCLUSIONES – Referencias.

* Cómo citar este artículo: Plata Sánchez, M. C. (Junio, 2017). La superposición del fiduciario en Latinoamérica. *Revista de Derecho Privado*, (57). Universidad de los Andes (Colombia). <http://dx.doi.org/10.15425/redepriv.57.2017.05>

** Abogada de la Pontificia Universidad Javeriana, especialista en Derecho Comercial de la Universidad de los Andes. Estudiante de último año de Doctorado en Derecho de la Pontificia Universidad Javeriana. Actualmente se desempeña como abogada independiente y dicta talleres en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Introducción

La fiducia en garantía es una figura jurídica novedosa que sirve como fuente de pago (Rodríguez Azuero, 2005, p. 463) de las obligaciones presentes y futuras del fideicomitente o de un tercero del cual el fideicomitente es garante. Fiducia viene del latín *fides*, que significa 'confianza' (Asociación de Fiduciarias, 1993, p. 145). La noción general de fiducia en garantía, en el entorno latinoamericano, hace referencia al contrato por virtud del cual una persona denominada fideicomitente entrega a una persona denominada fiduciario, bienes o derechos con el objeto de que se cumpla una finalidad específica, a favor del fideicomitente o de un tercero beneficiario (Alhippio, 1994, p. 9).

En el presente artículo de reflexión se analiza la problemática de la superposición de roles del fiduciario en el entorno latinoamericano. Para abordar el problema de investigación, desde el comienzo entenderemos por superposición de roles del fiduciario la facultad jurídica que tiene la persona natural o jurídica que actúa como fiduciario, de ser a su vez el beneficiario del contrato de forma directa o indirecta. La superposición de roles directa se da cuando el fiduciario se constituye en acreedor beneficiario del contrato, y la superposición de roles indirecta se presenta cuando el fiduciario tiene algún tipo de relación jurídica con el acreedor beneficiario del contrato, como en el caso en que ambas entidades hacen parte del mismo grupo financiero.

I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

Aunque en América Latina la fiducia en garantía se ha constituido en una herramienta nueva para el consumidor financiero, no existe armonización en la región frente a la posibilidad de que el fiduciario sea el mismo deudor beneficiario en el negocio. Existen ciertas características comunes en la noción de fiducia en garantía en el entorno latinoamericano (Rosas, 2006, pp. 111-167); sin embargo, el tema de la superposición de roles del fiduciario ha traído problemas de fondo para esta institución y toda clase de debates doctrinales, haciendo que esta muchas veces no evolucione alcanzando su máxima funcionalidad (Asociación de Fiduciarias, 1993, p. 177).

Por lo anterior, la pregunta de investigación que se hace en el presente artículo de reflexión es la siguiente: ¿La superposición de roles del fiduciario debe permitirse y bajo qué parámetros debe funcionar? Y como preguntas secundarias al problema de investigación se plantean estas: ¿Es posible que se presenten conflictos de intereses para el fiduciario cuando garantiza obligaciones del mismo grupo empresarial? ¿Qué tipo de supervisión debe hacerse por parte de las entidades gubernamentales de control cuando se dan operaciones de garantía dentro del mismo grupo financiero?

II. DESARROLLO NORMATIVO DE LA FIDUCIA EN GARANTÍA EN AMÉRICA LATINA

La fiducia en garantía se apoya en el concepto de confianza en el mercado financiero; es un

negocio jurídico que ha creado una propiedad especial que se encuentra en el patrimonio autónomo. Este contrato fiduciario ha permitido desarrollar el mercado financiero en Latinoamérica, pues ha generado un nuevo régimen en la afectación de los bienes, aislándolos para cumplir con una finalidad determinada (Rengifo, 2001, p. 91). Desde su aspecto más práctico, este negocio jurídico ha sido utilizado como garantía rotatoria en los procesos de titularización de activos, que cubre a los acreedores beneficiarios establecidos dentro del negocio jurídico (Asociación de Fiduciarias, 1993, p. 177). De esta forma, los acreedores beneficiarios disfrutan de la garantía sin necesidad de estar constituyendo nuevas garantías por cada negocio que celebran.

De igual forma, la fiducia en garantía sirve para caucionar obligaciones de hacer y no hacer, como las que se pueden dar dentro de un proyecto inmobiliario de una constructora. Este negocio fiduciario que se constituye sirve de forma eficiente, haciendo que el patrimonio autónomo sea deudor de los créditos que se obtengan con las entidades financieras para sacar adelante el proyecto inmobiliario por parte de la constructora. El patrimonio autónomo constituido dentro de ella hace que todos los bienes fideicomitados sean la garantía admisible (Rodríguez Azuero, 2005, p. 474), permitiendo a la fiduciaria, como vocera del patrimonio autónomo, endeudarse y, en caso de ser necesario, hacer efectiva la garantía mediante un mecanismo ágil y efectivo, realizando los bienes.

A continuación se hará un análisis comparativo de las legislaciones latinoamericanas que regulan esta institución, con una metodología que parte de las respectivas posturas jurídicas adoptadas, seguidas de un análisis que determina las variables de cada una de ellas y la solución jurídica que le han dado para solucionar la problemática jurídica de la superposición de roles del fiduciario. Se analizará la fiducia en garantía en los países que prohíben la superposición de roles del fiduciario, para dar paso aquellos países que la permiten. Por último, se fijará una posición doctrinal frente al tema.

A. Países que prohíben la superposición de roles en el entorno latinoamericano

Los países del entorno latinoamericano que prohíben expresamente la posibilidad de que el fiduciario sea a su vez el beneficiario del contrato son: Argentina, Bolivia, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, Panamá, Paraguay, Perú, Venezuela, Nicaragua, Puerto Rico y República Dominicana. Tales países abogan por que se respeten los principios de transparencia y de lealtad por parte del fiduciario. Para ellos es claro que esta situación, donde se fusionan los intereses del beneficiario acreedor con los del fiduciario, trae consigo un conflicto de intereses para el fiduciario, desvirtuando la seguridad jurídica del contrato de fiducia en garantía.

Las legislaciones que apoyan la división de la calidad del fiduciario y del beneficiario susten-

tan sus posiciones en que para lograr la confianza en el negocio fiduciario es necesario proteger los derechos del deudor fideicomitente, independientemente de los intereses que pueda tener el acreedor beneficiario, quien no es parte del negocio sino una persona que aparece después, en caso de hacerse efectiva la garantía. El principio de equilibrio del contrato se logra cuando se respetan los derechos del fideicomitente deudor y del fiduciario. Si desde el comienzo del negocio jurídico se protegen los intereses del fiduciario, dándole la ventaja de constituirse en el propio beneficiario, se desvirtúa la confianza que debe existir entre las partes y la posibilidad de que estas puedan hacer valer de igual forma sus derechos y obligaciones dentro del contrato.

Es claro que si se acepta la superposición de roles, se estaría disminuyendo la calidad de los derechos del deudor fideicomitente, pues este no tendría la misma capacidad de negociación en el contrato. Solamente se estarían protegiendo los intereses del fiduciario que adquiere la calidad de beneficiario de forma directa o indirecta cuando hace parte del mismo conglomerado financiero.

El equilibrio del contrato se logra cuando existe una separación total en las calidades del fiduciario y del beneficiario del contrato, pues el principal deber del fiduciario es cumplir en debida forma con la finalidad del negocio jurídico. Es evidente que la finalidad del contrato fiduciario puede verse afectada cuando el acreedor quiere hacerse dueño de los bienes fideicomitados, mediante la dación en pago, sin

permitirle al deudor fideicomitente utilizar los medios ordinarios que impidan que la garantía se haga efectiva antes de tiempo. El fiduciario no puede en ningún momento sobreponer los intereses personales sobre los intereses del acreedor beneficiario, pues se estaría deslegitimando el fin último de la fiducia en garantía, que es ser fuente de seguridad jurídica de una obligación (Varón, 1998, p. 31).

Este argumento llevó a los legisladores de los países antes mencionados a promover la prohibición de la superposición de roles, para evitar abusos por parte del fiduciario (Kiper, 2007, p. 34). Si la dación en pago de los bienes fideicomitados se facilita en pro de los derechos exclusivos del beneficiario que se encuentra relacionado directamente o indirectamente con el fiduciario, no cabría la posibilidad de llevar una relación contractual equilibrada que cumpla con la finalidad del contrato. No hay duda de que el fiduciario adquiere la ventaja comparativa en su posición contractual, ya que a la vez es propietario fiduciario y acreedor beneficiario del deudor fideicomitente. De esta forma, el constituyente del contrato de fiducia en garantía quedaría al arbitrio de los intereses particulares del fiduciario en razón de la superposición de roles.

Los intereses del acreedor beneficiario son opuestos a los intereses jurídicos del deudor fideicomitente. Si en una parte del contrato se empezaran a sumar los intereses del beneficiario con los del fiduciario, los intereses del deudor fideicomitente se disminuirían rompiendo el equilibrio de este contrato de naturaleza bilateral.

Otro argumento desarrollado por los países que conforman el bloque que prohíbe la superposición de roles es que dicha situación genera un conflicto de intereses para el fiduciario, pues este tiene el deber jurídico de lealtad frente al contrato, pero si se le da la facultad de solicitar a su vez la posibilidad de hacer efectivos los bienes fideicomitidos y de actuar como propietario fiduciario, él no se hará esperar para hacer efectivos los bienes que sirven de garantía admisible (Kiper y Lisoprawski, 1999, p. 51). La superposición de roles del fiduciario trae consigo una tensión real, que conlleva que el fiduciario en su doble calidad busque el mayor provecho económico de la garantía, olvidando por completo las obligaciones que tiene como propietario fiduciario¹ (Superintendencia Financiera de Colombia [SFC], Concepto 2007010582-002 del 30 de mayo de 2007).

Los principios de transparencia, eficacia y exactitud de la información financiera manejada en los contratos serían vulnerados totalmente con la superposición de roles, ya que dicha información solamente estaría creada para beneficiar el interés particular del fiduciario en la relación contractual (Cuello, 1993, p. 84). La información recibida por el constituyente del contrato de fiducia sería tan asimétrica que no le permitiría hacer ningún uso razonable de esta para hacer efectivos sus derechos. Por lo tanto, se evidencia el conflicto de intereses que se con-

cretiza con la superposición de roles cuando el fiduciario, actuando en su doble calidad, hace efectiva la garantía para cumplir con la obligación principal de la cual es acreedor. De esta manera, se le estarían extrayendo al deudor fideicomitente todos los bienes que constituyen el patrimonio autónomo, para satisfacer un interés particular del fiduciario directamente, o del conglomerado financiero del cual hace parte (Paredes y Morales, 2007, p. 21).

De lo anterior se colige que el acreedor beneficiario siempre hará efectiva la garantía sin importarle si afecta o no al deudor fideicomitente (SFC, Concepto 2008057689-001 del 28 de noviembre de 2008).² Por otra parte, cuando hay superposición de roles del fiduciario y no hay claridad todavía de si es posible hacerse efectiva la garantía, el fiduciario en su doble calidad siempre optará por la opción de ejecutar los bienes para proveerse de total seguridad jurídica. En ningún momento existirá un pequeño interés por parte del acreedor de respetar el plazo del contrato o de evitar el detrimento patrimonial a su deudor (SFC, Concepto 2008071844 del 2 de enero de 2009).³

En el transcurso de la evolución de esta institución se ha evidenciado que la naturaleza jurídica de la fiducia en garantía se ha caracterizado por permitir un triángulo perfecto en las relaciones del fideicomitente, del fideicomisa-

1. Se recomienda ver el tema de la propiedad fiduciaria.

2. Se recomienda ver el tema del plazo para hacer efectiva la garantía.

3. Se recomienda ver el tema de conflictos de interés en la fiducia en garantía.

rio y del beneficiario del contrato. Cada uno de los actores del contrato de fiducia en garantía tiene un rol muy determinado frente a la ejecución del negocio. Si se confunden los roles del fiduciario con el de beneficiario se desnaturaliza la institución, pues se le estaría facilitando al fiduciario tomar los bienes del patrimonio autónomo para sí.

En estos negocios una de las mayores obligaciones que se deriva es la rendición de cuentas, que está en cabeza del fiduciario. En el caso de la superposición de roles del fiduciario esta obligación no tendría ningún sentido, pues la información consignada iría en su propio provecho. La razón de ser de la obligación de rendir cuentas es permitirle al fiduciario demostrarles a los actores del contrato que la finalidad del negocio jurídico se está cumpliendo. Si no existe separación en los roles del fiduciario y del beneficiario, la información carecería de todo valor.

1. Especificaciones de los países de la región latinoamericana que prohíben la superposición

El Código de Comercio boliviano, en su artículo 1302, estableció la obligación jurídica de que el contrato de fiducia en garantía solamente se lleve a cabo por profesionales como los bancos

y las entidades de crédito.⁴ En igual sentido tanto el legislador boliviano como el colombiano establecieron que la actividad fiduciaria debería ser desarrollada exclusivamente por un profesional en la materia. Aunque en la década de los ochenta en Colombia se otorgó a las secciones fiduciarias de los bancos la tarea de desarrollar la fiducia en garantía, actualmente este contrato está siendo suscrito exclusivamente por las sociedades fiduciarias y no por los bancos, para evitar conflictos de intereses.

La legislación de Bolivia, al igual que la colombiana, encontró que no podía confluir en cabeza del fiduciario también la calidad de beneficiario. El artículo 1424 del Código de Comercio boliviano lo expresa en los siguientes términos: “No son aceptables en una misma persona las calidades de fiduciario y de beneficiario. Si tal cosa sucediera, no podrá ser acreedor de los beneficios del fideicomiso mientras subsista la confusión”.⁵ Al respecto, la legislación boliviana es conservadora frente a la superposición de roles, al buscar preservar el deber de lealtad que tiene el fiduciario con su contraparte, pues no sería justo que el fiduciario pudiera, mediante la dación en pago, quedarse con los bienes fideicomitidos que sirven de garantía a la obligación.

La legislación de Colombia contempló la sanción de la ineficacia jurídica en el caso en que el fiduciario adquiriera el dominio de los bienes

4. “Las operaciones y los contratos mencionados en forma enunciativa en este Título solo pueden ser realizados por los Bancos y entidades de crédito debidamente autorizados al efecto y conforme a la Ley respectiva” (artículo 1302, Código de Comercio de Bolivia).

5. Código de Comercio de Bolivia, artículo 1424.

fideicomitidos, en el artículo 1244 del Código de Comercio (Asociación de Fiduciarias, 1993, p. 177). La doctrina nacional adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia estableció la inviabilidad de que el fiduciario sea el mismo beneficiario dentro del contrato de fiducia en garantía, pues considera que el fiduciario actúa bajo presión para hacer efectiva la garantía. Igualmente, ha expresado la necesidad de mantener la total independencia del fiduciario y del beneficiario del contrato, ya que no es pertinente que exista ningún tipo de vinculación económica, administrativa o financiera que conlleve a la desnaturalización de la garantía (SFC, Concepto 2008071844 del 2 de enero de 2009).

En esta primera postura encontramos también a la legislación de Guatemala, regulada por el título IV del Código de Comercio que contempla una referencia legislativa expresa al fideicomiso de garantía (Herman, 2007). Al igual que en Colombia y Bolivia, la legislación guatemalteca (Código de Comercio, artículo 768) estableció que la calidad de fiduciario la ostentan de forma exclusiva los bancos y las instituciones de crédito, siempre y cuando la Junta Monetaria así lo autorice.

Otro país centroamericano que se encasilla en la tendencia conservadora es Panamá, con la Ley 1 de 1984 (Alfaro, 1920, p. 59). La calidad de fiduciario la ostenta el sector de los bancos.⁶ La legislación panameña contempla la fi-

gura del protector que es potestativa al contrato. El protector es una persona que figura en el contrato de fiducia cuando es oportuno que la persona natural o jurídica no quiera aparecer como fideicomitente por motivos de seguridad, pero desea mantener control sobre el fideicomiso (Moreno y Mizrachi, 1994, p. 76).

Respecto al tema de reflexión este está totalmente prohibido, pues si el fiduciario llegara por algún motivo a tener esta doble calidad, esto conllevaría la extinción misma del negocio jurídico. El motivo que llevó al legislador panameño a prohibir la superposición es que dicha operación genera un conflicto de intereses que afecta los recursos del patrimonio autónomo que se constituye. El artículo 33, inciso 5 de la Ley 1 de 1984 estipula: “El fideicomiso se extingue: (...) por confundirse en una sola persona la calidad de único beneficiario con la de único fiduciario”.

La legislación panameña impone como sanción jurídica la terminación de la relación, pues considera que es de tal calibre el riesgo patrimonial que sufre el deudor frente a la duplicidad de roles, que permite la extinción del contrato antes de que se materialice un riesgo aún mayor que afecte al sector, dado que las garantías modernas no pueden convertirse en mecanismos que desequilibren aún más las relaciones entre deudores y acreedores que son asimétricas. Para el legislador, la superposición de

6. “El fideicomiso es un acto jurídico en virtud del cual una persona llamada fideicomitente transfiere bienes a una persona llamada fiduciario para que los administre o disponga de ellos en favor de un fideicomisario o beneficiario, que puede ser el propio fideicomitente” (Ley de Fideicomiso de Panamá, artículo 1).

roles permitiría que la balanza se inclinara aún más a favor del acreedor, que tendría todas las medidas legales para quedarse con los bienes que conforman el patrimonio autónomo.

Bajo el mismo enfoque se encuentra la legislación paraguaya, regulada por la Ley 921 de 1996 (Ley de Negocios Fiduciarios). Allí, la calidad de fiduciario está autorizada por el Banco Central a los bancos, empresas financieras y fiduciarias (artículo 11). Esta legislación, de forma similar que la mexicana, autoriza a varias empresas del sector real para realizar la actividad fiduciaria. El negocio fiduciario en Paraguay, como en Colombia, adopta las tipologías de fideicomiso y de encargo fiduciario (artículo 10). La legislación de este país suramericano es muy completa al regular el fideicomiso, tanto que incluye los aspectos contables y tributarios en su regulación (Soliz de Mendoza, 31 de julio de 2010). El artículo 36 de la Ley 921 de 1996 establece que la Superintendencia de Bancos es el ente que regula los aspectos generales a los que el fiduciario debe sujetarse para llevar de forma efectiva la contabilidad.

En lo que respecta a la superposición de roles, al igual que la legislación panameña, la legislación paraguaya sanciona el negocio jurídico cuando se presenta la doble calidad de fiduciario y de beneficiario, pues ve en esta situación una circunstancia que atenta contra el deber de lealtad que tiene el fiduciario. Por esta razón, el artículo 8 de la Ley 921 de 1996 estipula: “Serán nulos los negocios fiduciarios en los siguien-

tes casos: 1. Cuando en un mismo negocio fiduciario se reúna la calidad de fideicomitente y de fiduciario o de fiduciario y beneficiario”.

La nulidad es la sanción impuesta por el juez cuando el equilibrio contractual se ha roto con la superposición de roles del fiduciario, pues este tiene una ventaja desmedida frente al fideicomitente deudor, que con la caución solo busca procurar una seguridad jurídica al acreedor con el que tiene una obligación vigente y exigible.

Otro país que adopta esta postura es Nicaragua, con la Ley Contrato de Fideicomiso (Ley 741 de 2010), la cual fue expedida después de la crisis financiera del 2009.⁷ La norma establece en el artículo 24 que la calidad de fiduciario podrá ser ostentada por un banco o una sociedad anónima que no esté en el sector, y en el artículo 52 contempla de forma expresa la fiducia en garantía. Esta disposición legal, al igual que la paraguaya, establece como sanción a la superposición de roles la nulidad del contrato. La doble calidad del fiduciario es considerada un abuso de sus facultades en detrimento del patrimonio del deudor fideicomitente.

Por esta razón, en el artículo 11 sancionó el contrato con superposición de roles del fiduciario en los siguientes términos:

Es nulo el fideicomiso que se constituya a favor del fiduciario, sus administradores, representantes legales o empresas vinculadas a cualquiera de estos; no

7. El citado artículo define de forma expresa las calidades de las partes dentro del contrato de fiducia.

obstante, si con posterioridad a la constitución del fideicomiso llegaran a confundirse en él las calidades de fiduciario y fideicomisario, aquel deberá optar de inmediato por el desempeño del cargo o la conservación de sus derechos. Si no lo hace dentro de los quince días siguientes a aquel en que tenga conocimiento de la dualidad, los beneficios del fideicomiso no aprovecharán a sus derechos de fideicomisario, durante el tiempo en que la dualidad subsista.

Este país es tan claro frente al tema de la superposición de roles, que es el único en la región que impuso un plazo prudencial para que el fiduciario que se encuentre bajo esta causal de nulidad sustituya el negocio a otro fiduciario, con el fin de enervar la causal de nulidad y no afectar la eficacia del negocio jurídico ni la posibilidad de dejar de recibir la comisión fiduciaria.

Puerto Rico ha sido el último país en adoptar la prohibición de la superposición de roles, con la nueva Ley de Fideicomisos (Ley 219 de 31 de agosto de 2012). Su regulación es muy clara para el tema de fiducia en general, mas

no para lo relacionado con la fiducia en garantía, que no fue regulada de forma especial. El literal j del artículo 61 de la citada legislación estableció como sanción jurídica la terminación del negocio jurídico por confusión de las calidades del único fiduciario con el único fideicomisario.⁸ Esta legislación, al igual que todas las que adoptan esta tendencia, considera que se debe prohibir la superposición de roles del fiduciario, porque trae un conflicto jurídico para el deudor fideicomitente afectando los principios de transparencia, lealtad y buena fe que deben respetarse dentro de los negocios fiduciarios.

Entre los países que prohíben la superposición de roles se encuentra una segunda tendencia, un poco más flexible y moderna, como la que se aprecia en la legislación de Costa Rica, capítulo X, título I del libro I del Código de Comercio, artículos 633 al 662.⁹ A diferencia de la legislación colombiana, la legislación costarricense, contempla la posibilidad de que el fiduciario sea una persona natural o jurídica,¹⁰ para el fideicomiso de garantía.¹¹ La actividad puede ser desarrollada por una persona natural, como lo establece el artículo 637 del Código

8. “Ley de Fideicomisos. Artículo 61.-Terminación del fideicomiso.

El fideicomiso termina por: (...) j) Confusión del carácter de único fideicomisario con el de único fiduciario”.

9. “Por medio del fideicomiso el fideicomitente trasmite al fiduciario la propiedad de bienes o derechos; el fiduciario queda obligado a emplearlos para la realización de fines lícitos y predeterminados en el acto constitutivo” (Código de Comercio de Costa Rica, artículo 633).

10. “Puede ser fiduciario cualquier persona física o jurídica, capaz de adquirir derechos y contraer obligaciones. En el caso de personas jurídicas, su escritura constitutiva debe expresamente capacitarlas para recibir por contrato o por testamento la propiedad fiduciaria” (Código de Comercio de Costa Rica, artículo 637).

11. En el fideicomiso de garantía el fideicomisario debe cumplir las instrucciones dadas en el contrato de fiducia. No puede enajenar, hipotecar o gravar con otras limitaciones de dominio los bienes que conforman el patrimonio autónomo. (Código de Comercio de Costa Rica, artículo 652).

de Comercio, o por un banco como lo determina el artículo 116 de la Ley Orgánica del Sistema Bancario.¹²

Respecto al tema de interés, el legislador costarricense estableció la prohibición expresa de la superposición de roles en el artículo 656 del Código de Comercio en los siguientes términos: “El fiduciario no podrá ser fideicomisario. De llegar a coincidir tales calidades, el fiduciario no podrá recibir los beneficios del fideicomiso en tanto la coincidencia subsista”. Esta prohibición tiene como principal efecto jurídico que el fiduciario no pueda llegar a vender los bienes fideicomitidos, que constituyen el patrimonio autónomo, para hacer efectiva la garantía. De darse la superposición, la finalidad del negocio fiduciario no tendría una verdadera realización, pues se desnaturaliza la posibilidad de que el fiduciario pueda permitir la seguridad jurídica de una obligación. El legislador costarricense, vislumbrando estos efectos tan nocivos para

el negocio fiduciario, decidió quitar de raíz la superposición de roles, dándole una mayor claridad al negocio fiduciario.

En esta segunda tendencia se ubica también la legislación peruana, regulada por la Ley 26702 de 1996 (Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros), que determinó de forma específica el contrato de fiducia en garantía (Bravo, 2008, p. 457), facultando a los bancos,¹³ las corporaciones financieras y de desarrollo, las empresas financieras, las cajas municipales de ahorro y de crédito, las cajas municipales de crédito popular, las entidades de desarrollo a la pequeña y micro empresa, las cooperativas de ahorro y de crédito autorizadas para captar recursos del público, las cajas rurales de ahorro y de crédito, las empresas de servicios fiduciarios y las empresas de seguros y reaseguros para realizar dichas comisiones de confianza (artículo 242).

12. “Los bancos comerciales podrán efectuar las siguientes comisiones de confianza: (...) 7) Realizar contratos de fideicomiso, conforme a lo dispuesto en el Código de Comercio y las demás normas legales y reglamentarias aplicables” (*Así reformado este párrafo primero por el artículo 189 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores N.º 7732 del 17 de diciembre de 1997*). En la eventualidad de que terceras personas pretendieran algún derecho sobre los bienes afectados en fideicomiso, o que dichos bienes fueran amenazados en alguna forma por motivos anteriores a la fecha del contrato de fideicomiso, los bancos, como fiduciarios, si están en conocimiento de dichos hechos, deberán ponerlo en conocimiento del fideicomitente y de los beneficiarios para que ellos ejerciten los derechos y acciones correspondientes, siendo esta la única obligación de los bancos en ese sentido. Si los motivos fueran posteriores a la fecha del fideicomiso, se estará a lo dispuesto en el artículo 644 inciso e) del Código de Comercio. En el contrato respectivo puede convenirse en el establecimiento de controles en cuanto al manejo de los fondos afectos al fideicomiso. Si se establecieran ‘Comités Especiales’ con ese propósito, el fiduciario al sujetarse a sus disposiciones, descargará su responsabilidad en cuanto a la respectiva transacción” (Ley Orgánica del Sistema Bancario de Costa Rica, artículo 116).

13. “Concepto de Fideicomiso. El fideicomiso es una relación jurídica por la cual el fideicomitente transfiere bienes en fideicomiso a otra persona, denominada fiduciario, para la constitución de un patrimonio fideicomitado, sujeto al dominio fiduciario de este último y afecto al cumplimiento de un fin específico en favor del fideicomitente o un tercero denominado fideicomisario. El patrimonio fideicomitado es distinto al patrimonio del fiduciario, del fideicomitente, o del fideicomisario y en su caso, del destinatario de los bienes remanentes. Los activos que conforman el patrimonio autónomo fideicomitado no generan cargos al patrimonio efectivo correspondiente de la empresa fiduciaria, salvo el caso que por resolución jurisdiccional se le hubiera asignado responsabilidad por mala administración, y por el importe de los correspondientes daños y perjuicios” (Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros de Perú, artículo 241).

Frente a la superposición de roles, el artículo 274 de la citada ley estableció: “Son excluyentes la calidad de fiduciario y acreedor”. Esto con la finalidad de proteger el principio de transparencia, pues la única forma de lograr el verdadero ejercicio de los derechos del deudor fideicomitente es con la separación de los roles del fideicomisario y del beneficiario. Si se juntan estos dos últimos roles se debe buscar de forma inmediata la remoción del fiduciario para proteger el equilibrio del contrato de fiducia y propender por el real ejercicio del derecho del constituyente. Si no se separa el deudor constituyente, nunca se podrán alegar las excepciones de la prescripción de la obligación garantizada o la compensación, en el caso de que existan acreencias mutuas entre el deudor y el acreedor.

Otro de los países que se acogió a la postura de prohibición es Venezuela (Bello, 2004, p. 178), que regula el negocio fiduciario y en especial la fiducia de garantía (Bueres y Mayo, 2011, p. 16) en la Ley de Fideicomisos. De acuerdo a lo establecido en el artículo 12 de dicha ley, el fiduciario pueden ser las instituciones bancarias y las empresas de seguros nacionales autorizadas por el Ejecutivo Nacional. El fideicomiso de garantía venezolano excluye de forma manifiesta la posibilidad de superposición de roles del fiduciario y del beneficiario (artículo 23). El espíritu del legislador fue man-

tener la neutralidad del negocio fiduciario para evitar conflicto de interés (Golschmidt, 1958, pp. 380-396). La fiducia en garantía es un contrato que responde a los conceptos de confianza, buena fe e integridad que no pueden tumbarse por sobreponer los intereses del fiduciario, que se convierte por alguna razón en acreedor beneficiario (Walker de Tuler, 2005, p. 74). Teniendo en cuenta que se debe preservar el equilibrio de la relación jurídica que surge entre el fideicomitente y el fideicomisario, la ley pretende proteger esa tutela jurídica que es fruto de los intereses de las partes (Barbero, 1962, p. 280).

Una tercera postura frente a prohibición de la superposición de roles es la adoptada por El Salvador, en su sección G del Código de Comercio.¹⁴ Aunque la legislación no regula expresamente el fideicomiso de garantía como negocio fiduciario, sí existe una regulación amplia del fideicomiso en general (Rengifo, 2001, p. 239). Dicho Código, a diferencia de otras legislaciones como la mexicana, reduce la calidad de fiduciario en cabeza de los bancos (artículo 1238). Estas entidades financieras podrán designar un delegado fiduciario con el objeto de llevar a feliz término la ejecución del contrato; de igual forma, este faculta a los delegados para que designen apoderados especiales para desarrollar el objeto del contrato (Rodríguez Ruiz, 1971, p. 8).

14. “El fideicomiso se constituye mediante declaración de voluntad, por la cual el fideicomitente transmite sobre determinados bienes a favor del fideicomisario, el usufructo, uso o habitación, en todo o parte, o establece una renta o pensión determinada, confiando su cumplimiento al fiduciario, a quien se transmitirán los bienes o derechos en propiedad, pero sin facultad de disponer de ellos sino de conformidad a las instrucciones precisas dadas por el fideicomitente, en el instrumento de constitución” (Código de Comercio de El Salvador, artículo 1233).

La legislación salvadoreña permite la superposición de roles del fideicomitente; es decir, permite que este sea fideicomitente y beneficiario del contrato de fiducia, mas no la superposición de roles del fiduciario, como lo establece el artículo 1237 del Código de Comercio: “El fideicomitente puede establecer fideicomiso a favor suyo, pero el fiduciario jamás podrá ser fideicomisario”. Esto implica que el fideicomitente siempre tendrá la posibilidad jurídica de ser el mismo beneficiario del contrato. Igualmente, si así lo requiere el constituyente, siempre podrá establecer la posibilidad de nombrar a un tercer acreedor como beneficiario del contrato. Lo que no permite la ley es que el fiduciario ocupe la posición de beneficiario, dado que se presentaría una ilegalidad al permitir la superposición, pues los intereses del constituyente deudor no tendrían ninguna tutela efectiva que asegure sus intereses frente al cumplimiento del plazo de la fiducia en garantía.

En esta misma postura se encuentra Honduras, que en el artículo 1033 del Código de Comercio establece: “El fiduciario de un fideicomiso de garantía debe ser persona distinta del acreedor”. La legislación de este país plasma de forma directa la prohibición de roles del fiduciario; permite la superposición de roles del fideicomitente; y considera que el beneficiario es la persona que de forma exclusiva debe recibir las ventajas económicas del contrato, y si se le da la posibilidad al fiduciario de tener ambos roles, se estaría chocando totalmente

la figura de la fiducia, pues el desarrollo de la finalidad del negocio jurídico se vería supeditado al interés particular del fiduciario que es un sujeto calificado y exclusivo (Código de Comercio de Honduras, artículo 1033). Igualmente, entiende que al ser un negocio jurídico cuyo sustento se basa en la confianza, deben separarse los roles del fiduciario y del beneficiario, en pro de preservarla.

El artículo 1033 del Código de Comercio de esta legislación estipuló que la calidad de fiduciario y su titularidad dominical,¹⁵ la ostentan de forma exclusiva los bancos, por tener experiencia técnica y contar con el personal idóneo para desarrollar este tipo de negocios. Al igual que la legislación colombiana, el Código de Comercio de Honduras tiene una remisión expresa a la fiducia en garantía.

B. Países que aprueban la superposición de roles en el entorno latinoamericano

Los países del entorno latinoamericano que aprueban expresamente la posibilidad de que el fiduciario sea a su vez el beneficiario del contrato son: México, Brasil, Ecuador y Uruguay. Dichos países argumentan a favor de la superposición de roles porque consideran que debe primar la autonomía de la voluntad privada en los contratos de fiducia, permitiéndole a las partes contemplarla en operaciones económicas como las que se pueden dar actualmente,

15. “El fideicomiso puede constituirse para servir todas las finalidades imaginables como actividades jurídicas, siempre que sean citas y determinadas” (Código de Comercio de Honduras, artículo 1049).

cuando el fiduciario es subordinado de un conglomerado económico cuya matriz u otra entidad de dicho conglomerado ha otorgado un crédito o tiene cualquier tipo de obligación con el fideicomitente.

Las legislaciones que apoyan esta superposición sustentan que no hay ningún tipo de conflicto de intereses, pues existe confluencia de intereses en el contrato de fiducia, ya que tanto el fideicomitente deudor como el fideicomisario en sus dos roles están buscando que los bienes fideicomitados al momento de hacerse efectiva la garantía sean vendidos al comprador al mejor precio, teniendo en cuenta su avalúo comercial. La fiducia en garantía, al ser una garantía de primera demanda, permite que los bienes no tengan que acudir a trámites engorrosos como la subasta pública, donde los bienes son ofrecidos por un valor inferior al comercial, sino que la venta del bien se pueda hacer mediante un procedimiento privado que mantiene su valoración. La garantía armoniza a las partes del contrato, permitiendo que ambas luchan por un interés común que es consentir que la garantía admisible sea una verdadera fuente de seguridad jurídica.

Otro argumento que se plantea en esta postura más abierta es que al ostentar el fiduciario su doble rol, los costos de transacción del contrato se reducen para el fideicomitente deudor, lo que admite menores costos por comisión fiduciaria y un aumento en el acceso al crédito en los casos específicos donde el fiduciario hace parte del conglomerado financiero que le confiere el crédito al deudor fideicomitente.

En cuanto al argumento esgrimido por los contradictores en el sentido que la superposición de roles permite el abuso por parte del fiduciario en el contrato de fiducia en garantía, los países que apoyan la figura han considerado que el abuso del fiduciario se podría presentar en cualquier momento en que este desconozca los deberes de su cargo, y no solamente con la superposición de roles. La confluencia de ambas calidades en cabeza del deudor no es fuente de abuso de las facultades de fiduciario; el abuso se presentaría en realidad cuando el fiduciario no le da ninguna oportunidad al fideicomitente, para discutir en qué momento se va a hacer efectiva la garantía, pero en realidad en el contrato de fiducia se establecen las condiciones jurídicas para hacer efectivo el plazo. Por lo tanto, para el fideicomitente hay una total claridad de los términos y condiciones de la garantía desde el momento mismo de la suscripción del negocio jurídico.

Frente el argumento de la ruptura del equilibrio del contrato con la superposición de roles, los defensores de la superposición han afirmado que el equilibrio del contrato no se rompe porque el fiduciario adquiera ambas categorías, pues el constituyente sigue manteniendo todas las medidas contractuales y las acciones judiciales para preservar sus derechos. Las cláusulas penales que se acostumbran suscribir en este tipo de negocios jurídicos pueden ser impuestas para ambas partes como un mecanismo sancionatorio en caso de que se presente cualquier incumplimiento de las obligaciones de las partes. Podría el fideicomitente solicitar una buena negociación de dicha cláusula.

sula con el fin de procurar en todo momento el cumplimiento del negocio jurídico. En cuanto a las acciones judiciales, el fideicomitente tiene la acción que permite declarar la nulidad del negocio jurídico cuando este atenta contra la normatividad.

En lo que respecta a la transparencia, eficacia y exactitud de la información dada por el fiduciario en su doble calidad, existen mecanismos de control interno y externo que son confiables para prevenir que la información falte a la veracidad. Se puede hacer uso de auditorías internas y externas que permitan hacer un monitoreo constante a la información. El auditor externo es un tercero ajeno al negocio jurídico que verificará la calidad de la información. En cuanto a la obligación de la rendición de cuentas por parte del fiduciario, ésta ya no funcionaría sino para los asuntos específicos que requiera el fideicomitente, ya que el fiduciario es el mismo beneficiario poseedor de la información. Esto también es una ventaja, pues disminuye el costo operativo del contrato que puede redundar en una disminución de la comisión fiduciaria.

Frente al tema de la naturaleza jurídica de la fiducia en garantía y su posible desnaturalización por la superposición de roles del fiduciario, los países que han adoptado esta postura argumentan que la figura no pierde su naturaleza jurídica, que es brindar seguridad jurídica para procurar el cumplimiento de una obligación. Por el contrario, consideran que la superposición de roles es un mecanismo que permite la evolución de la fiducia en garantía,

haciendo que esta sea muy moderna y de fácil ejecución en caso de requerirse. Con la superposición de roles el contrato reporta una verdadera relación de confianza entre las partes, pues se establecen cláusulas que determinan los medios a través de los cuales se acredita el incumplimiento por parte del deudor fideicomitente. Igualmente, en el cuerpo del contrato se establecen los procedimientos que debe seguir el fiduciario para la realización de los bienes.

1. Especificaciones de los países de la región latinoamericana que aprueban la superposición

Entre los países que aprueban la superposición de roles está México, que la regula en los artículos 395 a 407 del título V, Sección II, de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito (LGTOC). El desarrollo del contrato de fiducia mercantil ha sido exitoso desde el año 2000 (López-Elías, 2008, p. 176), pues la reforma de la legislación ha facilitado la estructuración de este tipo de negocios (Molina, s. f.). Para el derecho mexicano, su naturaleza jurídica es la de un derecho personal. Es un contrato que en ningún momento otorga al fideicomisario un derecho real de dominio (Domínguez Martínez, 2005, p. 224).

En esta legislación, al igual que en la colombiana, el fideicomitente es la persona natural o jurídica que tiene la capacidad de disponer de los bienes, constituyéndolos en garantías (Domínguez Martínez, 2005, p. 224). La calidad de fiduciario la ostentan las instituciones de crédi-

to¹⁶ que cuenten con previa autorización,¹⁷ las instituciones de seguros, las afianzadoras,¹⁸ las casas de bolsa, las sociedades financieras de objeto múltiple, las organizaciones y actividades auxiliares del crédito y los almacenes generales de depósito. A diferencia de la legislación de Colombia que establece como única persona a las sociedades fiduciarias, la legislación mexicana otorga la posibilidad de que varias entidades del sector fiduciario desarrollen dicha actividad.

En su artículo 396,¹⁹ la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito tiene una particularidad frente a esta institución, porque facilita a la entidad que constituye el fideicomiso ser beneficiaria del contrato²⁰ de fiducia en garantía cuando se requiera constituir una caución a favor de la institución de crédito. Esta reforma de la legislación se incluyó en el año 1996

para consentir que la banca mexicana utilizara la fiducia en garantía como caución de obligaciones donde el beneficiario del contrato de fiducia fuera la misma institución de crédito. De esta manera, se abolió la prohibición establecida en la reforma de 1933 de la Ley General de Títulos de Operaciones de Crédito, que no permitía que la institución financiera que celebrara el contrato de fiducia en garantía fuera a su vez acreedor beneficiario de este.

El artículo 396 de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito que dispuso la superposición la estableció en los siguientes términos:

Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En

16. “Solo pueden ser instituciones fiduciarias las expresamente autorizadas para ello conforme a la ley. En el fideicomiso podrán intervenir varias instituciones fiduciarias para que conjunta o sucesivamente desempeñen el cargo de fiduciario, estableciendo el orden y las condiciones en que hayan de sustituirse. Salvo lo que se prevea en el fideicomiso, cuando por renuncia o remoción la institución fiduciaria concluya el desempeño de su cargo, deberá designarse a otra institución fiduciaria que la substituya. Si no fuere posible esta substitución, el fideicomiso se dará por extinguido” (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 385).

17. “La institución fiduciaria estaba originalmente abierta a las instituciones de crédito, pero después se fue expandiendo la posibilidad de que las disposiciones fueran las funciones de otra naturaleza” (Domínguez Martínez, 2005, p. 224).

18. Los delegados fiduciarios: “Se trata de personal que mantiene relación de subordinación con la institución fiduciaria y que con su firma la obliga en la celebración de todo acto jurídico que implique la constitución, modificación o ejecución de fideicomisos, mandatos o comisiones mercantiles” (Martínez, s. f.).

19. “Las instituciones y sociedades mencionadas en el artículo anterior, podrán reunir la calidad de fiduciarias y fideicomisarias, tratándose de fideicomisos cuyo fin sea garantizar obligaciones a su favor. En este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses. (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 396).

20. “El fideicomisario tendrá, además de los derechos que se le concedan por virtud del acto constitutivo del fideicomiso, el de exigir su cumplimiento a la institución fiduciaria; el de atacar la validez de los actos que ésta cometa en su perjuicio, de mala fe o en exceso de las facultades que por virtud del acto constitutivo o de la ley le corresponda, y cuando ello sea procedente, el de reivindicar los bienes que a consecuencia de esos actos hayan salido del patrimonio objeto del fideicomiso.

Cuando no exista fideicomisario determinado o cuando éste sea incapaz, los derechos a que se refiere el párrafo anterior, corresponderán al que ejerza la patria potestad, al tutor o al Ministerio Público, según el caso.” (Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículo 390).

este supuesto, las partes deberán convenir los términos y condiciones para dirimir posibles conflictos de intereses.

La legislación mexicana, a diferencia de los otros países que apoyan la superposición de roles, plantea la posibilidad de que se dé algún tipo de conflicto de intereses. Pero, igualmente, establece la carga para el fideicomitente y el fideicomisario de lograr establecer en el contrato los mecanismos que les permitan solucionar las dificultades en el desarrollo de este. Una herramienta muy aplicada en este país es la imposición de cláusulas compromisorias que le permitan a las partes dirimir cualquier conflicto que pueda presentarse con la garantía. De esta forma, con los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se pone fin a las diferencias que pueda causar la superposición.

Brasil, al igual que México, se encuentran dentro de los países que apoyan la superposición de roles. Sin embargo, a diferencia del país azteca, Brasil se caracteriza por haber regulado en varias normas de acuerdo al tipo de negocio, la fiducia como institución (Batiza, 1976, p. 78). Entre ellos se encuentran:

1. El fideicomiso para transferencia de acciones (Ley 6404 de 1976).
2. El fideicomiso de garantía de bienes muebles²¹ (Ley 4728 de 1965 y Decreto Ley 911 de 1969).

3. El fideicomiso de garantía de bienes inmuebles (Ley del Sistema de Financiamiento Inmobiliario, artículo 22).
4. Cesión de derechos crediticios derivados de la transferencia de inmuebles (Ley 4864 de 1965, Decreto Ley 70 de 1966 y Ley 9514 de 1997).
5. Nuevo régimen del fideicomiso de garantía (Ley 10.406 de 2003).

A los efectos de la presente investigación el análisis se centrará en los artículos que contemplaron la superposición de roles del fiduciario. El artículo 22 de la Ley 9514 de 1997 (Ley del Sistema de Financiamiento Inmobiliario) trata el tema de la siguiente manera: “La enajenación fiduciaria regulada por esta ley es el negocio jurídico por el cual el vendedor o fiduciante con objeto de garantía contrata la transferencia al acreedor o fiduciario de la propiedad resoluble de la cosa inmueble”. La superposición de roles es admitida exclusivamente para las entidades financieras que están autorizadas para desarrollar los negocios de confianza, pues al ser profesionales vigilados, existe una mayor seguridad jurídica de las operaciones que se surten con la superposición del fiduciario. Este es el plus que tiene Brasil: la confianza del público en sus instituciones financieras para desarrollar este tipo de operaciones en el mercado. Otra característica de la superposición de roles en Brasil es que esta se contempla de forma exclusiva para bie-

21. Se recomienda ver el Código Civil brasileiro (Ley 10406 de 2002), la Ley 4728 de 1965 y el Decreto Ley 911 de 1969.

nes inmuebles, mientras que en la legislación mexicana no se especifica para qué tipo de bienes fideicomitados aplica, siendo así una disposición más amplia.

Otra legislación que adopta la superposición de roles del fiduciario es Ecuador, que introdujo esta posibilidad con la Ley del Mercado de Valores (LMV) de 1998 (Torre, 2009, p. 30). El elemento esencial del fideicomiso mercantil en este país es el patrimonio autónomo, haciendo de esta figura algo novedoso en Latinoamérica (Cabezas Wray & Albán Abogados, 2008). El artículo 109 inciso 1 de la LMV define en términos generales dicho patrimonio autónomo como: el conjunto de derechos y obligaciones destinados a una finalidad. Este patrimonio tiene naturaleza separada, es decir, que es distinto de los patrimonios del constituyente, del fiduciario, del beneficiario y de terceros, entre estos, los demás fideicomisos mercantiles que son administrados por el fiduciario.

Respecto al tema de reflexión, la superposición de roles se permite pues el artículo 150 de la citada ley garantiza el cumplimiento de los derechos a favor de los inversionistas.²² El bene-

ficio jurídico que se resalta en Ecuador, frente al tema de investigación, es que impone como requisito de la superposición de roles, que no quede una única persona jurídica ocupando ambos roles, pues sanciona la vulneración de dicho requisito con la extinción del negocio jurídico, como se aprecia en el artículo 822 de su Código Civil.²³ Esta legislación es de las más avanzadas en la región, pues regula la superposición bajo unos requisitos mínimos para que esta funcione y se conserve la naturaleza y la integridad del negocio jurídico.

Por último, encontramos a Uruguay dentro de los países que adoptan la superposición de roles, con la Ley 17703 de 2003 (Machado, 2010, p. 70), y el Decreto Reglamentario 516 de 2003. La fiducia en garantía como tal no está regulada sino el fideicomiso en general, que permite que exista “pluralidad de fideicomitentes y de beneficiarios” (Ley 17703 de 2003 o Ley del Fideicomiso, artículo 1). El fideicomiso uruguayo contempla el concepto de propiedad fiduciaria, que significa que se constituye un patrimonio de afectación especial que cumpla con una finalidad específica. Esta propiedad es de carácter transitorio (Caferra,

22. “Consiste en la constitución de patrimonios independientes que tengan por objeto garantizar el cumplimiento de los derechos reconocidos a favor de los inversionistas” (Ley de Mercado de Valores, artículo 150).

23. “El fideicomiso se extingue:

- 1o.) Por la restitución.
- 2o.) Por la resolución del derecho de su autor, como cuando se ha constituido el fideicomiso sobre una cosa que se ha comprado con pacto de retrovendo, y se verifica la retroventa.
- 3o.) Por la destrucción de la cosa en que está constituido, conforme a lo prevenido respecto al usufructo en el artículo 866.
- 4o.) Por la renuncia del fideicomisario antes del día de la restitución; sin perjuicio de los derechos de los sustitutos.
- 5o.) Por faltar la condición o no haberse cumplido en tiempo hábil.
- 6o.) Por confundirse la calidad de único fideicomisario con la de único fiduciario” (Código Civil ecuatoriano, artículo 822).

2003), ya que el fiduciario entrega nuevamente los bienes fideicomitidos cuando se cumple la condición o el plazo estipulado en el contrato, que no podrá superar los 30 años (Ley del Fideicomiso, artículo 33).

Los principales efectos de la propiedad fiduciaria se dan frente a los acreedores, ya que los bienes fideicomitidos quedan salvaguardados de las acciones singulares y colectivas que puedan interponer los acreedores fiduciarios (Rodríguez Oliveira y López Rodríguez, s. f.) Esto significa que los acreedores del fiduciario y del fideicomitente no pueden atacar el patrimonio especial. Los acreedores del beneficiario solamente podrán atacar los frutos que produzcan los bienes fideicomitidos.

La legislación uruguaya, al igual que la argentina, contempla la posibilidad de que el fiduciario pueda ser cualquier persona natural o jurídica (Ley del Fideicomiso, artículo 11). Sin embargo, la legislación uruguaya contiene una limitación, consistente en que si se va a ejercer la actividad fiduciaria de forma permanente, profesional y técnica, debe constituirse en un intermediario financiero e inscribirse en el registro público de fiduciarios.²⁴ El Decreto 516

de 2003 establece en su artículo 6 que los intermediarios financieros que ejerzan la actividad fiduciaria de forma habitual, y que tengan más de cinco fideicomisos en cualquier año, deberán inscribirse como un intermediario financiero, que profesionalmente presta estos servicios. Uruguay, al igual que Brasil y México, propende por la tendencia que implica la profesionalización del fiduciario en el contrato.

En lo que respecta a la superposición de roles del fiduciario, la legislación uruguaya la admite para los fideicomisos de garantía donde el fiduciario sea una entidad de intermediación financiera. Así se aprecia en el artículo 9 de la Ley del Fideicomiso, que reza: “El fideicomiso en el cual se designe beneficiario al fiduciario salvo en los casos de fideicomiso en garantía constituidos a favor de una entidad de intermediación financiera”. La profesionalización del sector le da confianza al público que constituye este tipo de negocios jurídicos, permitiendo para estos casos la superposición de roles, ya que sobre estas entidades siempre existirá una supervisión prudencial que evitará que se cometan abusos de confianza contra el fideicomitente, quien tiene calidad de consumidor financiero para los entes de control.

24. “Créase en el Banco Central del Uruguay un registro público de fiduciarios profesionales, personas físicas o jurídicas. La información registrada en él será de libre acceso para cualquier interesado. El funcionamiento del Registro y los mecanismos a través de los que los fiduciarios darán cumplimiento a las obligaciones dispuestas por este artículo serán dispuestos por la reglamentación. En los casos en que el fiduciario no sea una persona física, los socios o accionistas, administradores o directores deberán determinarse precisamente. Tratándose de sociedades anónimas, estas deberán emitir acciones nominativas o escriturales. En todos los casos se inscribirá la responsabilidad patrimonial de los fiduciarios, sus socios o accionistas, administradores y directores. Los fiduciarios inscriptos deberán actualizar la información proporcionada al registro con la periodicidad que establezca la reglamentación, así como inmediatamente de producida cualquier modificación en la información registrada. Los fiduciarios inscriptos serán responsables de la información original y las actualizaciones proporcionadas. El incumplimiento de las obligaciones de registración y de información establecidas en este artículo será sancionado conforme a lo dispuesto por los artículos 20 a 24 del Decreto-Ley N° 15.322, de 17 de setiembre de 1982.” (Ley del Fideicomiso, artículo 12).

Sin lugar a dudas, la gran ventaja que otorga la superposición de roles del fiduciario en este país es que al ser una garantía que se liquida rápidamente por el fiduciario profesional, no se requiere ir a la jurisdicción para hacerla efectiva; permite que el acreedor beneficiario pueda acelerar el proceso para obtener el bien en dación en pago, cumpliendo con la finalidad jurídica de la garantía que es otorgar seguridad jurídica para el cumplimiento de una obligación.

C. Países con postura intermedia frente a la superposición de roles

En la región latinoamericana se encuentra un país que todavía no ha plasmado en su regulación una postura concreta frente a la superposición de roles: Cuba. El tema ha sido un punto de álgidos debates doctrinales que buscan dar luces que contribuyan al mejor desarrollo de la fiducia en garantía y a evitar abusos por parte del fiduciario.

La fiducia mercantil está regulada por el Decreto Ley 173 de 1997, cuyo artículo primero numeral 8 estipula que la actividad fiduciaria está en cabeza de las instituciones financieras no bancarias: “La institución financiera no bancaria [como] toda entidad jurídica constituida con arreglo a las leyes (...) que realice actividades de intermediación financiera tales como: (...) de operaciones de fideicomiso (en *trust*)”. La legislación cubana en este sentido es tan incipiente que no hay disposición legal expresa que regule el fideicomiso de garantía y menos el tema de la superposición de roles del fidu-

ciario. El régimen que está impuesto en la isla ha limitado el desarrollo del sector financiero, evitando la expansión del fideicomiso como garantía admisible para la solicitud de créditos (González-Varas, 2005, p. 349).

III. REFLEXIONES JURÍDICAS SOBRE LA SUPERPOSICIÓN DE ROLES

Después de haber analizado el tema de la superposición de roles del fiduciario en la región latinoamericana y de apreciar las tensiones jurídicas que genera esta situación valen las siguientes reflexiones:

La superposición directa de roles del fiduciario debería aprobarse en la legislación colombiana, ya que es una figura que permite la evolución de la fiducia en garantía. La prohibición contemplada en el Código de Comercio y apoyada doctrinariamente por la SFC es demasiado restrictiva, impidiendo operaciones entre varias instituciones que son miembros del mismo conglomerado financiero.

La apertura de Colombia en materia del negocio fiduciario es apremiante, pues la superposición de roles es un mecanismo jurídico eficaz que permitiría aumentar la competencia de los conglomerados financieros nacionales en la región. En la actualidad se observa cómo las entidades nacionales han comprado bancos extranjeros en la región. Por lo anterior, considero pertinente que se flexibilice aún más la fiducia en garantía, permitiéndole al fiduciario ocupar el rol de beneficiario del contrato.

En lo que respecta a la situación de los países del entorno latinoamericano es necesario que aquellos que han guardado un total silencio frente a la superposición de roles, y que se encuentran en la posición intermedia desde hace treinta años, establezcan una regulación prudencial frente a la materia aprobando en sus jurisdicciones la posibilidad de que el fiduciario sea a la vez beneficiario del contrato, pues considero que dicha superposición trae las siguientes ventajas jurídicas:

1. Se reducen los tiempos de operación entre los conglomerados y los consumidores financieros: al ser la entidad bancaria y la fiduciaria partes del mismo conglomerado financiero, la comunicación interna permite que las operaciones para conferir un crédito y para garantizarlo sea más ágil. Esto se traduce en una ventaja tanto para el deudor fideicomitente del contrato de fiducia en garantía que recibe un mejor servicio por parte del fiduciario, como del beneficiario, que es el banco prestamista del crédito y que se relaciona de forma directa o indirecta con el fiduciario. La fuerza de ventas que atiende al consumidor financiero que va tomar los servicios del conglomerado es la misma, teniendo la posibilidad de ofrecerle todos los servicios existentes en el portafolio que le permitan garantizar de mejor forma al cliente su obligación.
2. Reducción de los costos operativos: al ocupar el fiduciario el doble rol se reducen los costos operativos, pues ya no se requerirán los informes que antes se le enviaban al be-

neficiario. Con el nuevo esquema de fiducia en garantía se disminuye el costo de la comisión fiduciaria, lo que redundará en favor del deudor fideicomitente que tiene un crédito o una obligación con otras de las entidades que conforman el conglomerado financiero.

3. Mejor ejecución de los bienes fideicomitados: al desempeñar el fiduciario ambos roles, la ejecución de la garantía se hace de una manera óptima, pues todos los intervinientes en el contrato unen esfuerzos para que la garantía admisible se ejecute mediante un procedimiento fácil y privado, evitándose de esta forma todas las dificultades que se pueden presentar cuando se tiene que acudir a la jurisdicción ordinaria para liquidarla. El gran beneficio de la fiducia en garantía con superposición de roles es la sinergia entre el fiduciario y el beneficiario, que busca siempre que la garantía sea una verdadera fuente de seguridad jurídica.

A. Propuesta para Colombia

Como lo he expresado, la superposición de roles puede ser un mecanismo muy efectivo para el desarrollo del mercado fiduciario en nuestro país. Es indispensable crear ciertos parámetros mínimos que sirvan de guía para las partes que intervienen en el contrato, con el fin de que la institución de la fiducia en garantía pueda tener un mejor desarrollo. Considero que la autorregulación prudencial es el camino, teniendo en cuenta que actualmente no existe en nuestro país una regulación que determine

los requisitos mínimos que deben cumplirse en las relaciones entre los miembros del mismo conglomerado. Adicionalmente, cuando se da la superposición de roles del fiduciario se pueden crear relaciones directas e indirectas entre las entidades miembros del mismo conglomerado.

Por lo anterior, dando respuesta a las preguntas de investigación del presente artículo de reflexión, no creo que por el solo hecho de que el fideicomitente y el fiduciario pertenezcan al mismo conglomerado económico se dé un conflicto de interés *per se*, cuando haya una superposición de roles. No se debe prejuzgar una situación de estas alegando que se puede prestar para cometer fraudes a la ley. Con la superposición de roles los derechos del deudor fideicomitente están protegidos, pues todos los intervinientes del negocio fiduciario están buscando que la garantía se realice de la mejor manera. En materia de intereses entre los actores del negocio jurídico se presenta una confluencia y no una oposición que lleve a un conflicto jurídico entre las partes.

El mundo global en que vivimos hace que el sector financiero busque sinergias económicas que traen consigo relaciones de coordinación, solidaridad, uso inteligente de los recursos y beneficios económicos de las empresas que conforman un conglomerado, pues se busca crear una sana competencia en el mercado financiero.

Estas agrupaciones financieras contienen códigos de buen gobierno corporativo, que buscan

prevenir cualquier conflicto de interés que pueda presentarse entre sus miembros, a través de la adopción de mecanismos de conducta que deben ser cumplidos por sus funcionarios, administradores, directivos, representantes legales y por cuantos se relacionen de alguna forma con las sociedades que conforman el conglomerado.

La autorregulación prudencial propuesta frente al tema de la superposición de roles se debe materializar en grandes avances de los códigos de ética y de buen gobierno corporativo de los conglomerados financieros. La autorregulación sería una solución eficaz para que estos grupos financieros puedan desarrollar de forma más eficiente operaciones de fiducia en garantía con superposición de roles del fiduciario. Los documentos que se preparen bajo estas perspectivas deben armonizar los intereses de los accionistas, permitiendo un mayor valor del conglomerado financiero, aumentando su rentabilidad y liquidez en las operaciones de inversión. Igualmente, lo anterior traería grandes beneficios para los directivos del grupo financiero pues aumentaría su poder de decisión y su capacidad de gestión.

Los códigos de ética y de buen gobierno corporativo no solo deben favorecer las relaciones internas del conglomerado sino las relaciones externas con sus clientes y competidores. Frente a los clientes el beneficio se traduce en una mayor calidad del servicio solicitado y un precio más justo de la comisión fiduciaria, en el caso del consumidor financiero que toma los servicios de crédito y de fiducia en garantía con

el mismo grupo. En definitiva, la autorregulación prudencial redundará en información más veraz y clara sobre los productos adquiridos.

Frente a los competidores, la autorregulación prudencial trae grandes beneficios pues se establecen las reglas de juego para que exista una libre competencia y una mayor igualdad de las relaciones entre los grupos financieros que manejan el mercado, lo que se traduce en un mayor cumplimiento de las entidades financieras con sus clientes y competidores. La autorregulación propuesta está guiada por los parámetros establecidos por el Comité Basilea III (Comité de Supervisión Bancaria de Basilea, 2011, p. 3). Lo anterior implica que este tipo de autorregulación se caracterizará por contener principios como la transparencia, que servirán de punto cardinal para el negocio fiduciario. La autorregulación prudencial que se cree deberá tener en cuenta cómo influyen las relaciones con los inversionistas, los accionistas y todas aquellas personas que intervienen en las operaciones que se efectúen con los grupos financieros que otorguen el crédito, y que a la vez sirvan de fiduciarios del contrato de fiducia en garantía.

De esta forma, se estaría protegiendo el interés particular del deudor fideicomitente que pide crédito con el mismo conglomerado y que garantiza su obligación con un fiduciario que es miembro de este. Por otra parte, se tendría en cuenta también el interés de los conglomerados que buscan tener una mejor reputación en el mercado. Esto se logra con el respeto del principio de transparencia, pues trae grandes

beneficios para las instituciones financieras, como:

- Credibilidad: esta ventaja se gana cuando se entrega a los consumidores financieros información veraz que les permite tener claridad respecto al producto que van a adquirir, sus ventajas y también sus riesgos. Esto se traduce en mayor prestigio para el conglomerado financiero.
- Predictibilidad: este beneficio se logra a través de consignar información real y veraz que permite a las instituciones financieras determinar la tendencia y evolución de los productos financieros en un mercado determinado.
- Seriedad: el profesionalismo del conglomerado genera una mayor confianza del público fortaleciendo su reputación en el mercado.

Considero que Colombia se encuentra completamente preparada para promocionar figuras jurídicas que faciliten el acceso al crédito. La superposición de roles en la fiducia en garantía permite que los conglomerados financieros que se encuentran en el mercado puedan ser acreedores beneficiarios y fiduciarios del contrato. Esto traería un mayor acceso del crédito al público, redundando en beneficios como menores tasas de interés y menores comisiones fiduciarias para aquellas personas que utilicen estos servicios financieros del mismo conglomerado.

La autorregulación prudencial es la solución jurídica que permitirá aumentar las relaciones de confianza entre los distintos actores del nego-

cio fiduciario, fortaleciendo de esta manera su mayor activo que es la reputación de la entidad frente a los consumidores financieros. Aumentando la propia regulación dentro del conglomerado se delimitarían las relaciones de forma transparente entre los actores que actúan en el caso de la superposición de roles del fiduciario en el contrato de fiducia en garantía.

B. Especificidades de la superposición de roles

La superposición de roles para el contrato de fiducia en garantía que propongo para Colombia debe contener unos requisitos mínimos, como los que se analizan a continuación:

1. Establecer una cláusula compromisoria en los contratos, con el fin de poner fin a las controversias que se susciten por la superposición de roles, cuando las entidades que otorgan el crédito y funcionan de fiduciaria pertenezcan al mismo grupo financiero. Los tribunales de arbitramento deberán realizarse en un centro de arbitraje y conciliación donde existan árbitros especialistas en la materia, que acerquen a las partes y que propongan soluciones eficaces que satisfagan sus intereses, manteniendo la búsqueda de beneficios comunes y una permanencia de la relación, la credibilidad y la confianza en los negocios fiduciarios.
2. La supervisión prudencial de la SFC debe hacerse específicamente respecto al plazo en que debe hacerse efectiva la garantía. Esto

con el fin de otorgarle todas las oportunidades de ley al deudor fideicomitente para que cumpla con la obligación. Para los conglomerados financieros no es beneficioso quedarse con los bienes otorgados en garantía por sus deudores. Por esta razón, la supervisión prudencial está vislumbrada tanto para el deudor como para el conglomerado financiero, pues el objeto de este último es tener utilidades por los préstamos y los servicios financieros y no quedarse con los activos que conforman el patrimonio.

3. La supervisión prudencial verificará también los mecanismos implementados para que pueda darse la dación en pago para el conglomerado beneficiario que recibirá los bienes fideicomitados, en caso de que se incumpla con la obligación principal.
4. En los casos de conglomerados económicos donde existe la superposición de roles debe quedar consignado en el contrato de fiducia que se suscribe el tipo de relación jurídica que existe entre el fiduciario y el beneficiario. Esta cláusula debe quedar de forma expresa en el contrato, con el fin de que el deudor fideicomitente que lo suscriba tenga claridad sobre las particularidades del negocio que va a celebrar.

C. Excepciones en las que no cabría la superposición de roles

Existen casos en los que no recomiendo la superposición de roles en la legislación colombiana-

na: la liquidación voluntaria del fideicomitente o el concurso de acreedores cuando existe un fideicomiso de garantía. Es importante, respecto a estas dos situaciones específicas, que el fideicomitente no pueda utilizar dicha superposición con el fin de beneficiar a los acreedores bancarios frente al resto de acreedores que tienen una prelación de créditos, establecida por la legislación nacional, en el momento de la liquidación o del concurso. Si se aprobara la superposición de roles del fiduciario, el valor real de las garantías de los otros acreedores que se encuentran en el concurso se desvalorizarían, puesto que la entidad financiera como beneficiaria del contrato de fiducia en garantía podría cobrar preferencialmente sus obligaciones con los bienes fideicomitados que conforman el patrimonio autónomo.

La superposición de roles del fiduciario en un contrato de fiducia en garantía vulneraría, con esta posibilidad, los derechos que la legislación le confiere al resto de los acreedores, cuando se presenta la liquidación, desmejorando su puesto y desvirtuando la prelación conferida por la ley. Si se llegase a aprobar la superposición de roles, sería necesario crear un registro único de garantías que le permita a los terceros tener una verdadera oponibilidad de sus derechos.

No es suficiente seguridad jurídica la obligación que tiene el fideicomitente de informar al fiduciario que existe una liquidación voluntaria de la sociedad. Es necesario que todas las fiduciarias puedan constatar el real valor de la garantía, no solamente a través de peritos ex-

peritos que determinen su valor comercial, sino de las situaciones que pueden afectar sus intereses reales al momento de hacerla efectiva.

Respecto a los remanentes de los contratos de fiducia en garantía, cuando existe la situación de una liquidación voluntaria del fideicomitente, considero que al momento de terminarse el contrato estos pasen a ser parte de los activos que conforman la masa de la liquidación, permitiendo el pago de los acreedores de acuerdo con la prelación de créditos establecidos por la ley.

Es pertinente aumentar la profesionalización del fiduciario que tome los dos roles en el negocio, en aquellas legislaciones donde el fiduciario puede ser una persona jurídica que no trabaja en el sector financiero. En esas legislaciones tan abiertas a la actividad fiduciaria se debe procurar i) que la calidad de fiduciario atienda unos requisitos mínimos para que no se presenten abusos por parte de estas personas jurídicas, y ii) hacer una supervisión prudencial por parte de las entidades del gobierno para evitar que se generen conflictos de intereses y abusos por parte de estos fiduciarios que no son instituciones financieras.

Es apremiante que las entidades que ejercen la inspección y vigilancia del fiduciario en los países latinoamericanos supervisen el cumplimiento de los plazos en que se ejecuta la garantía cuando existe superposición de roles. De esta manera se evita que los bienes fideicomitados sean otorgados de manera premeditada en dación en pago a los beneficiarios

que otorgaron el crédito, sin darle posibilidad al deudor fideicomitente de cumplir con la obligación y de que se le regresen los bienes fideicomitidos.

VI. CONCLUSIONES

A partir de la década de los setenta las diferentes legislaciones latinoamericanas han desarrollado el concepto del fideicomiso en general, adaptando la figura del *trust* anglosajón. Cada una de estas legislaciones ha creado matices que se adaptan a las necesidades del país, originando una versión propia de la institución que ha conllevado una verdadera evolución del fideicomiso.

Luego de revisar la fiducia en garantía en tiempo de cambios económicos surgen las siguientes conclusiones:

1. La posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario del fideicomiso ha generado todo tipo de controversias y de respuestas en la región: algunos países la prohíben, otros la permiten y otros no se pronuncian. Es recomendable que se adopte una postura clara frente al tema, en aquellas legislaciones en las que se ha guardado completo silencio.
2. En Colombia es necesario un cambio de regulación frente a la disposición que prohíbe al fiduciario ser a la vez beneficiario del contrato, pues la figura de la superposición de roles directa es completamente factible, siempre y cuando se establezcan unos requisitos mínimos que deben aparecer en los códigos de buen gobierno corporativo para que la figura funcione.
3. Igualmente, para que la superposición de roles funcione, se requiere una autorregulación prudencial en la materia, que vaya de la mano con mecanismos de control interno especiales que protejan el principio de transparencia.
4. El fideicomiso de garantía es una herramienta de innovación en la región porque permite que:
 - Los bienes fideicomitidos sean enajenados por el fiduciario, que es un profesional en la materia.
 - Se efectúe la dación en pago de los bienes fideicomitidos.
 - Se constituya en garantía de primera demanda.
 - El negocio fiduciario cubra obligaciones futuras.
5. Esta institución es sinónimo de seguridad jurídica pues permite al deudor fideicomitente que se garanticen obligaciones presentes y futuras, facilitando operaciones financieras como la sindicación de créditos y los créditos rotativos, mecanismos propios para la mediana y pequeña empresa en tiempo de crisis.
6. Este negocio jurídico ha logrado incorporarse muy bien en la región latinoamericana (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala).

la, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, Puerto Rico, Uruguay y Venezuela), permitiendo una renovación de las garantías personales.

7. El fideicomiso latinoamericano ha propiciado el desarrollo del principio de la autonomía de la voluntad privada. Ejemplo de ello son las legislaciones mexicana, colombiana y argentina.
8. El mecanismo financiero de servir como fuente de pago es un elemento teleológico que quedó plasmado en todas las legislaciones latinoamericanas. Sin duda, esta es la similitud que comparten en cuanto al fideicomiso de garantía.
9. La fiducia en garantía ha tenido distintas modalidades: Brasil ha desarrollado normas especiales para cada uno de los tipos de fideicomiso de garantía, mientras otros como Ecuador, Argentina, Costa Rica y Bolivia tienen un cuerpo normativo unificado que regula el género que es la fiducia.
10. La formalización de este tipo de negocio fiduciario ha sido una de las mayores variables encontradas en la región latinoamericana, pues en países como Ecuador, Argentina y Brasil se requiere la formalidad de la escritura pública, mientras en Costa Rica, por ejemplo, basta que el negocio fiduciario se encuentre por escrito.
11. La fiducia en garantía ha sido desarrollada en la mayoría de países de la región por entidades especializadas, como ocurre en las legislaciones de Uruguay, Argentina, Ecuador y Colombia. Esto ha traído una gran ventaja pues los recursos y bienes que conforman el patrimonio autónomo son manejados por manos expertas.
12. La complejidad de las relaciones en el sistema financiero ha llevado a que el fideicomiso de garantía sea el mecanismo idóneo para fraccionar los patrimonios, permitiendo cumplir con la finalidad de garantizar obligaciones y créditos de todo tipo a los que el deudor fideicomitente tiene acceso.
13. El éxito del fideicomiso de garantía depende de la regulación flexible que se establezca en cada una de las legislaciones latinoamericanas para liquidar la garantía sin tener que acudir a un procedimiento judicial.
14. Este negocio fiduciario es una institución de gran trascendencia patrimonial, legal y de planeación tributaria. En las legislaciones que no lo han reglamentado de forma especial debe producirse una reforma que llene los vacíos jurídicos de su especialidad, y que conlleven una mayor explotación de la figura por parte de la mediana y pequeña empresa, como un mecanismo de fuentes de pago, que impida que tengan que irse a concordato preventivo o a una liquidación voluntaria.
15. Las tendencias de las garantías van encaminadas hacia la flexibilización. Por esta razón, las garantías clásicas como la hipo-

teca y la prenda han quedado relegadas, dando paso a figuras más modernas como la fiducia en garantía, que ha sabido responder a un ambiente de cambios que exige la innovación.

Referencias

1. Alfaro, R. J. (1920). *El fideicomiso: estudio sobre la necesidad y conveniencia de introducir en la legislación de los pueblos latinos una institución civil nueva, semejante al trust del derecho inglés*. Ciudad de Panamá: Imprenta Nacional.
2. Alhippio Gómez, I. (1994). *La cartilla fiduciaria*. Bogotá: Editorial Asociación de Fiduciarias.
3. Asociación de Fiduciarias. (1993). *Nuevos productos fiduciarios*. Bogotá: Editorial ABC Ltda.
4. Asociación de Fiduciarias. (2004). *Nociones fundamentales de fiducia* (2.^a ed). Bogotá: Editorial Astrea.
5. Asociación de Fiduciarias. (Noviembre 2008). *Actualidad jurídica fiduciaria*. Recuperado de <http://www.asofiduciarias.org.co/Library/News/Files/Noviembre%202008146.PDF>
6. Barbero, D. (1962). *Derecho privado. Tomo I* (S. Sentís Melendo, trad.). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
7. Batiza, R. (1976). *El fideicomiso: teoría y práctica*. (Cuarta ed.). México D.F.: Editorial Porrúa.
8. Batiza, R. (1985). *Principios básicos del fideicomiso y de la administración*. Ciudad de Panamá: Editorial Porrúa.
9. Bello, G. (2004). *Operaciones bancarias en Venezuela: teoría y práctica*. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello.
10. Bravo Arteaga, J. R. (2008). *Derecho tributario: escritos y reflexiones*. Bogotá: Universidad del Rosario.
11. Bueres, A. J. y Mayo, J. A. (1993). Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación en el derecho privado. *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, (2). Recuperado de <http://www.rubinzal.com.ar/libros/garantias/2429/>
12. Cabezas Wray & Albán Abogados. (26 de abril de 2008). *Punto de vista. ¿Qué es el fideicomiso mercantil?* Recuperado de 2012, de <http://www.cywlegal.com/inter.asp?s=3&ss=8&n=113>
13. Caferra, G. (2003). *El contrato de fideicomiso*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay. Recuperado de 2012, de <http://sociedadesanonimas.weebly.com/contrato-de-fideicomiso.html>
14. Carregal, M. A. (1982). *El fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Buenos Aires.

15. Casa Sanz de Santamaría, E. (2004). *Del trust anglosajón a la fiducia en Colombia* (Tercera ed.). Bogotá: Editorial Temis.
16. Codificación 2005-010 de 2015 [Comisión de Legislación y Codificación de Ecuador]. Código Civil de Ecuador. Mayo 10 de 2015. Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec055es.pdf>
17. Código de Comercio Boliviano. (2013). [En línea]. Recuperado de <http://www.derechoteca.com/gacetabolivia/codigo-de-comercio-boliviano-vigente-y-actualizado/>
18. Comité de Supervisión Bancaria de Basilea. (2011). *Definición de Capital de Basilea III - Preguntas frecuentes*. Basilea: Banco de Pagos Internacionales. Recuperado de http://www.bis.org/publ/bcbs198_es.pdf
19. Corte Suprema de Justicia. Sala Civil. Expediente 1100131030252001 00457 01 (M. P.: Pedro Octavio Munar Cadena; 24 de enero de 2011).
20. Cuello Iriarte, G. (1993). Los conflictos de interés en los negocios fiduciarios. *Universitas*, (84), 395-404.
21. Decreto Ley 2-70 [Congreso de la República de Guatemala]. Código de Comercio de Guatemala. Febrero 15 de 1902. Recuperado de <http://leydeguatemala.com/codigo-de-comercio/decreto-numero-2-70/2467/>
22. Decreto Ley 671 [Asamblea Legislativa de la República de El Salvador]. Código de Comercio de El Salvador. Mayo 08 de 1970. Recuperado de http://www.elsalvador.law.pro/Leyes/CODIGO_DE_COMERCIO.pdf
23. Decreto Ley 14.379 [Presidente de la República de Bolivia]. Código de Comercio de Bolivia. Febrero 25 de 1977. Recuperado de <http://photos.state.gov/libraries/bolivia/337500/pdfs/CodigodeComercio.pdf>
24. Decreto Ley 173 de 1997 [Consejo de Estado de Cuba]. Diciembre 31 de 1997. Recuperado de <http://www.cuba-economia.org/documentos/legislacion-economica/decreto-ley-173-de-1997-sobre-los-bancos-e-instituciones-no-bancarias>
25. Domínguez Martínez, J. A. (2000). *Dos aspectos de la esencia del fideicomiso mexicano* (Tercera ed.). Ciudad de México: Editorial Porrúa.
26. González-Varas Ibáñez, S. (2005). *El derecho administrativo iberoamericano*. Granada: Imprenta Comercial Motil.
27. Golschmidt, R. (1958). Trust, fiducia y simulación. En *Estudios de derecho comparado*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.
28. Golschmidt, R. (1961). *El fideicomiso en los países de América Latina*. Caracas: Universidad Central de Venezuela.

29. Kiper, C. M. (1999). *Teoría y práctica del fideicomiso*. Buenos Aires: Editorial Depalma.
30. Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. V. (1999). *Obligaciones y responsabilidad del fiduciario*. Buenos Aires: Ediciones Depalma.
31. Ley 1 de 1984 [Consejo Nacional de Legislación de Panamá]. Por la cual se regula el Fideicomiso en Panamá y se adoptan otras disposiciones. Enero 5 de 1984. Recuperado de <https://panama.eregulations.org/media/ley%20n%C2%BA%201%20de%201984.pdf>
32. Ley 3284 de 1984 [Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica]. Código de Comercio de Costa Rica. Abril 30 de 1984. Recuperado de <http://www.cesdepu.com/leyes/3284.30-Abr-1964.htm>
33. Ley 83-50 de 1940 [Congreso Nacional de Honduras]. Código de Comercio de Honduras. Junio 14 de 1940. Recuperado de <http://www.honduraslegal.com/legislacion/comercio.htm>
34. Ley 921 de 1996 [Congreso de la Nación Paraguaya]. Ley de Negocios Fiduciarios de Paraguay. Recuperado de http://www.buscoley.com/pdfs/l_0921_1996.pdf
35. Ley 26.702 de 1996 [Presidencia de la República del Perú]. Ley General de Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros de Perú. Diciembre 9 de 1996. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/\\$FILE/26702.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/8CEF5E01E937E76105257A0700610870/$FILE/26702.pdf)
36. Ley 9514 de 1997 [Presidencia de la República de Brasil]. Ley del Sistema de Financiamiento Inmobiliario de Brasil. Noviembre 20 de 1997. Recuperado de http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9514.htm
37. Ley 10406 de 2002 [Presidencia de la República de Brasil]. Código Civil Brasileiro. Enero 11 de 2012. Recuperado de <http://www.normaslegais.com.br/legislacao/lei10406.htm>
38. Ley 17703 de 2003 [Congreso de la República Oriental del Uruguay]. Ley del Fideicomiso de Uruguay. Octubre 27 de 2003. Recuperado de <https://legislativo.parlamento.gub.uy/temporales/leytemp9854093.htm>
39. Ley 741 de 2010 [Presidencia de la República de Nicaragua]. Ley sobre el Contrato de Fideicomiso de Nicaragua. Noviembre 2 de 2010. Recuperado de <http://legislacion.asamblea.gob.ni/normaweb.nsf/b92aeea87dac762406257265005d21f7/43a562f7051496110625783f0071a5a7?OpenDocument>
40. Ley 1644 de 2011 [Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica]. Ley Orgánica

- ca del Sistema Bancario de Costa Rica. Febrero 24 de 2011. Recuperado de http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=9925
41. Ley 219 de 2012 [Oficina de Servicios Legislativos de Puerto Rico]. Para adoptar la nueva Ley de Fideicomisos; derogar los artículos 834 a 874 del Código Civil de 1930, inclusive; y para otros fines. Agosto 31 de 2012. Recuperado de <https://www2.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/Fideicomisos/219-2012.pdf>
 42. López-Elías, P. (abril-junio de 2008). El fideicomiso como actividad propia de las instituciones financieras en México. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, (119).
 43. Machado Guiachero, J. J. (2010). *Análisis conceptual del fideicomiso uruguayo*. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay.
 44. Molina Pasquel, R. (s. f). *Conferencias sobre el fideicomiso. Trust y Equity*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/facdermx/cont/20/dtr/dtr3.pdf>
 45. Moreno Pujol, J. M. y Mizrachi Lalo, R. (1994). *Código Civil*. Ciudad de Panamá: Editorial Mizrachi & Pujol S.A.
 46. Nieto Manrique, C. (1998). *Fiducia de garantía*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
 47. Paredes, G. y Morales, J. (2007). Competencia y regulación en la banca: el caso de Panamá. En *Serie Estudios y Perspectivas. Ciudad de México: Sede Subregional - CEPAL en México y ONU*.
 48. Rengifo, R. (2001). *La fiducia: legislación nacional y derecho comparado* (2.ª ed.). Bogotá: Universidad EAFIT.
 49. Rengifo García, E. (1997). *La fiducia mercantil y pública*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
 50. Rodríguez Azuero, S. (2005). *Negocios fiduciarios: su significado en América Latina*. Bogotá: Legis.
 51. Rodríguez Oliveira, N. E. y López Rodríguez, C. E. (s. f.). *Propiedad fiduciaria*. Recuperado de <http://www.derechocomercial.edu.uy/ClaseFideicomiso04.htm>
 52. Rodríguez Ruiz, R. (1971). *El fideicomiso y la organización contable fiduciaria*. San Salvador: Ediciones Contables y Administrativas.
 53. Rosas Escovar, F. (2006, enero-junio). Traditions and Transplants and Inefficiencies: The Case of the Peruvian Fideicomiso. *Universitas*, (11), 11-147.

54. Soliz de Mendoza, M. (31 de julio de 2010). Diferentes alternativas de garantías: el fideicomiso y la hipoteca. *ABC*. Recuperado de <http://www.abc.com.py/edicion-impresa/suplementos/economico/diferentes-alternativas-de-GARANTIAS-el-fideicomiso-y-la-hipoteca-139537.html>
55. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2007010582-002 del 30 de mayo de 2007. Recuperado de <http://www.superfinanciera.gov.co/normativa/conceptos2007/2007010582.pdf>
56. Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2008057689-001 del 28 de noviembre de 2008. Recuperado de <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2007/2007010582.pdf>
57. Superintendencia Financiera de Colombia, Concepto 2008071844 del 2 de enero de 2009. Recuperado de <http://www.superfinanciera.gov.co/Normativa/Conceptos2007/2007010582.pdf>
58. Varón Palomino, J. C. (1998). Jurisprudencia y doctrina sobre la fiducia mercantil. En Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, *No-ciones fundamentales de fiducia*. Bogotá: Asociación de Fiduciarias.
59. Walker de Tuler, M. C. (2005). *Contratos bancarios*. Santafé: Universidad Nacional del Litoral.